

# O mandado de segurança coletivo e suas características básicas

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça.  
Professor de Direito Processual Civil

**SUMÁRIO:** 1. *Sistemas de controle da constitucionalidade das leis; sistema difuso e sistema concentrado.* 2. *A Constituição de 1988 e as garantias dos cidadãos.* 3. *O mandado de segurança coletivo, características básicas, legitimação extraordinária concorrente.* 4. *Mandado de segurança coletivo, instrumento de tutela de direitos subjetivos líquidos e certos, não de interesses difusos.* 5. *Distinção entre o writ coletivo e a "representação" prevista no art. 5.º, XXI, da Constituição vigente.* 6. *Natureza da "autorização" prevista na aludida norma constitucional.* 7. *Defesa, no mandado coletivo, de "direitos" e não de "interesses".* 8. *Formas de atuação das entidades associadas.* 9. *Pressupostos de ajuizamento do mandamus coletivo, genéricos e específicos.* 10. *Legitimação dos partidos políticos como substitutos processuais.* 11. *A competência no mandado de segurança coletivo.* 12. *A decadência do direito de impetrar mandado de segurança coletivo.* 13. *Associados beneficiados e não beneficiados.* 14. *As liminares no mandamus coletivo.* 15. *Avaliação judicial dos interesses em questão.* 16. *Recursos contra decisão do relator, no writ de competência originária dos tribunais.* 17. *Suspensão da segurança.* 18. *Agravos regimentais.* 19. *Leis proibitivas de concessão de liminares.* 20. *Tema de sua constitucionalidade.* 21. *Liminares de índole satisfativa.* 22. *A proibição de liminares e a garantia do acesso à Justiça.* 23. *O acesso à Justiça e sua efetividade.* 24. *Constitucionalidade da vedação de liminares em ações cautelares.* 25. *A questão da constitucionalidade nos mandados de segurança, solução preconizada.* 26. *Denegação da segurança, após deferida liminar.* 27. *Súmula n. 405 do STF.* 28. *Prazo de vigência da liminar.*

1. Para bem situar o mandado de segurança coletivo e suas características principais, iniciemos com breves considerações sobre as garantias do cidadão previstas no direito constitucional brasileiro atual, pela aplicação das normas da Constituição Federal promulgada aos 5 de outubro de 1988.

Como os direitos individuais e sociais encontram seu fundamento básico na Constituição, um adequado sistema de controle da constitucionalidade das leis apresenta-se indispensável, máxime nos países de direito codificado e onde ainda não exista uma sólida tradição de respeito aos direitos individuais, e igualmente uma firme consciência individual e coletiva com vistas ao cumprimento dos deveres que a lei, e também o respeito ao bem comum, impõem aos cidadãos.

Sob este aspecto, a legislação brasileira prevê tanto o *controle concentrado* de constitucionalidade das leis, como o *controle difuso*, sempre através os órgãos jurisdicionais comuns e sob métodos jurisdicionais. Distingue-se, pois, do sistema daqueles países onde

o controle de constitucionalidade é confiado a órgãos políticos, como o *Conseil Constitutionnel* da França, ou a órgãos especiais operando sob métodos jurisdicionais e com a missão específica de exercer tal controle, como sucede na Itália, pela *Corte Costituzionale* (Const. de 1948, art. 134) ou na Espanha, pelo Tribunal Constitucional (Const. de 1978, arts. 159 e 163).

Em Portugal, nos termos da Constituição de 1976, alterada pela Lei Constitucional n. 1/82 e, mais profundamente pela Lei Constitucional n. 1/89, a um Tribunal Constitucional "compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional" (art. 223), composto tal colegiado por 13 juizes designados por seis anos, sendo dez escolhidos pela Assembleia da República e três cooptados por estes, anotando-se que seis dentre os juizes, designados ou cooptados, serão obrigatoriamente escolhidos entre juizes dos restantes tribunais e os demais entre juristas (art. 224). Além de altas atribuições administrativas relativas ao processo eleitoral



e ao exercício do cargo de Presidente da República (art. 225), o Tribunal Constitucional português executa quer a fiscalização “preventiva” da constitucionalidade de tratados a serem ratificados, ou de projetos de lei ou de decretos legislativos (art. 278), como igualmente: a) a fiscalização *concreta* da constitucionalidade e da legalidade, mediante recurso de decisões dos tribunais comuns; provido o recurso, o tribunal de origem reformará sua decisão em conformidade com o julgamento procedido quanto à questão constitucional (Lei n. 28/82, art. 80); b) a fiscalização *abstrata* da constitucionalidade e da legalidade, a requerimento das mais altas autoridades da República (art. 281), em decisões com força obrigatória geral (art. 282); c) aprecia pedidos de declaração de *inconstitucionalidade por omissão* e, constatada a omissão das medidas legislativas necessárias a tornar executáveis as normas constitucionais, disso dará conhecimento ao órgão legislativo competente (art. 283).

Pelo sistema brasileiro, o *controle difuso* de constitucionalidade é exercido por *todos* os juízes e tribunais, que podem e devem recusar aplicação, *in casu*, às leis e preceitos normativos que considerarem inconstitucionais; nos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade exige *quorum* qualificado, ou seja, a maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu “órgão especial” (CF, art. 97); chegando a matéria ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por via de recurso extraordinário (art. 102, III, b), a decisão desta Corte tem força de coisa julgada *no caso concreto*, fazendo-se comunicação ao Senado Federal com vistas à suspensão da norma de lei declarada inconstitucional, já agora com eficácia *erga omnes* (art. 52, X).

O *controle concentrado* é confiado privativamente ao Supremo Tribunal Federal, que o exerce ao julgar a ‘ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual’ (art. 102, I, a), gozando de legitimidade para o ajuizamento de tal ação o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas dos Estados, os Governadores de Estados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e, finalmente, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional (art. 103). A decisão do Supremo Tribunal Federal, quando de procedência da *ação direta*, goza de plena e imediata eficácia *erga omnes*, dispensada manifestação do Senado Federal.

Pode-se afirmar que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, quer pela via de “exceção”, suscitada durante o debate de cada demanda em concreto, quer pela via concentrada, com a possibilidade de medidas

liminares, vem funcionando muito satisfatoriamente, somando as vantagens de ambos os sistemas.

De outra parte, para o Supremo Tribunal Federal suas atribuições como corte constitucional representam a parcela mais significativa da matéria de sua competência, quer no plano estritamente jurídico como no plano institucional; contam-se atualmente por centenas as ações diretas de inconstitucionalidade de leis, e de artigos de Constituições estaduais pendentes de julgamento, grande parte delas com liminares concedidas total ou parcialmente.

2. Postas estas premissas, afirmada a eficiência de nosso sistema de controle da constitucionalidade, impende passarmos à análise das garantias constitucionais dos direitos individuais e coletivos.

Como regra maior, alicerce de todos os demais, está a da plenitude do acesso à jurisdição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Const. Federal de 1988, art. 5.º, XXXV). Mais relevante esta norma quando se considera que o Brasil adota o sistema da *unidade da jurisdição*, o denominado sistema inglês, igualmente aceito, em linhas gerais, nos Estados Unidos, nos países latino-americanos e em países sob influência cultural britânica, impondo-se destarte plenamente a regra, sob tutela constitucional, do *monopólio da Jurisdição pelo Poder Judiciário*.

No sistema da *dualidade da jurisdição* (sistema “francês”), aqueles litígios em que for parte a Administração, máxime os referentes ao funcionamento dos serviços públicos, são apreciados não por órgãos integrantes do Poder Judiciário, mas por “tribunais” integrados na estrutura do Poder Executivo; e estes “tribunais” decidem com eficácia vinculativa plena, isto é, suas decisões transitam materialmente em julgado, não podendo o conflito ser reexaminado pelo Poder Judiciário. É o “contencioso administrativo” propriamente dito.

No Brasil, ao tempo do Império, um conselho de Estado (criado em 1823, suprimido em 1834, restabelecido em 1841) prestava alto assessoramento ao Imperador e “decidia” no relativo a várias lides de direito administrativo; refere, a respeito, AGRÍCOLA BARBI que “a fixação dos limites entre a jurisdição dos tribunais judiciais e dos tribunais administrativos era, porém, motivo de acirrada controvérsia, influido, de um lado, à tradição lusitana de unidade de jurisdição, e, de outro, as idéias hauridas nos livros franceses, que consignavam a dualidade de jurisdição existente em seu direito positivo” (“Do Mandado de Segurança”, FORENSE, 3.ª ed., n. 40).

Com a República, abolido no Brasil o contencioso administrativo e não podendo lei alguma limitar o acesso à tutela jurisdicional, não mais subsiste sequer a previsão da Cons-





tuição Federal de 1967/69 (Ementa Const. n. 7, de 13.4.77) no sentido de que o ingresso em juízo possa ser 'condicionado' por lei à prévia exaustão de vias administrativas de conciliação ou arbitramento. A prévia — e até aconselhável — atuação de órgãos não jurisdicionais para a solução de litígios à evidência não é vedada; mas isso sempre a requerimento do interessado e sem impedi-lo de, quando entender conveniente, ingressar em juízo.

Em nosso país, portanto, inexistente o verdadeiro *contencioso administrativo*, com função substancialmente jurisdicional, embora a expressão "contencioso administrativo" seja com frequência utilizada com relação a estes "Tribunais", Conselhos ou outros órgãos administrativos com funções decisórias no âmbito da administração, ou que buscam arbitrar conflitos entre Administração e administrados (questões tributárias, principalmente), mas sem que suas decisões possam jamais adquirir a eficácia de coisa julgada material.

No plano do direito penal e processual penal, a vigente Constituição manteve as garantias tradicionais e as ampliou: a vedação de tribunais de exceção; a instituição do júri; o princípio da legalidade na definição do crime, e da não retroação da lei penal; a previsão do racismo como crime inafiançável e imprescritível; a exacerbação da censura penal aos crimes de tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e delitos definidos como hediondos; o respeito ao devido processo legal; a vedação da prisão civil, salvante os casos de devedor de alimentos e de depositário infiel (casos de contratos de depósito propriamente ditos, mas não de 'depósitos' em garantia de coisas!); a garantia do *habeas corpus*.

No âmbito do direito civil, sob os princípios do contraditório processual e do respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (CF, art. 5.º, LV e XXXVI), a Lei Maior assegura os direitos de propriedade, de livre associação, de herança, de livre manifestação do pensamento, de liberdade de consciência e de crença, além de elevar ao patamar constitucional, ou ampliar, outros direitos e garantias, como *v.g.* a liberdade no expressar atividades intelectuais independentemente de censura; a inviolabilidade da honra e da vida particular das pessoas, com a conseqüente indenização por danos morais e materiais decorrentes de sua violação; a proteção das pequenas propriedades rurais contra penhoras; a assistência jurídica integral e completa às pessoas carentes, etc. Sobreleva notar, ainda, o estabelecimento de duas garantias novas no plano processual, e a manutenção e ampliação do instituto do mandado de segurança.

Como novas garantias citam-se o mandado de injunção e o *habeas data*. O primeiro buscou, na intenção dos constituintes, assegurar de imediato a fruição dos direitos sub-

jetivos e das 'prerrogativas' decorrentes da Constituição, mas ainda não regulamentadas em lei; dificuldades muitas, de compreensão doutrinária e de ordem prática, têm entretanto conduzido a que as conseqüências do novel instituto sejam equiparadas às da inconstitucionalidade por omissão, afastada assim a tutela direta e imediata ao direito subjetivo invocado pelo impetrante. O instituto do *habeas data* (inspirado em norma da Constituição de Portugal de 1976, art. 35, n. 1), teve a finalidade de garantir ao postulante o acesso às informações a ele referentes e contidas em "registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público", servindo outrossim para a retificação de dados incorretos (Const. Federal, art. 5.º, LXXII). O instituto, inspirado no propósito de abrir aos interessados os arquivos sigilosos do período autoritário que precedeu à Constituição de 1988, tem entretanto recebido uso muito parcimonioso, possivelmente porque com seu advento as instituições mantenedoras de arquivos, e aqui poderemos incluir entidades particulares como o SPC, passaram a colocá-los ao dispor dos interessados, tornando desnecessário o ajuizamento do *writ*.

3. Passemos a analisar o *mandado de segurança coletivo*.

A primeira afirmação, embora possa parecer um truismo, é a de que não estamos frente a um novo instituto jurídico, mas sim a Constituição veio, apenas, ampliar o elenco das pessoas capacitadas ao ajuizamento da garantia mandamental, para tanto utilizando a técnica da *substituição processual*. Assim, no pólo ativo da relação processual não irá figurar somente a pessoa cujo direito subjetivo tenha sido, ou se afirmar que o foi violado por ato ilegal, ou praticado com abuso de poder, por autoridade pública ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; mas poderá figurar, também, a "organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados", assim como o "partido político, com representação no Congresso Nacional" (Const. Federal, art. 5.º, LXIX e LXX).

Conforme expõe, por todos, ARRUDA ALVIM, "o fenômeno da substituição processual, nome latino devido a CHIOVENDA, consiste, precisamente, na circunstância de que, quem é parte no processo, por definição, não se afirma ser titular do direito material. Há, pois, uma autêntica dissociação, na titularidade, no que tange ao direito de ação. Materialmente, é um o titular, ou seja, no campo do Direito Privado; no campo do processo, é outro o titular do direito de ação" ("Código de Processo Civil Comentado", RT, 1975, vol. I, ps. 427-428). Lembra o ilustre processualista que com frequência o sistema admite a legitimação concorrente, isto é, a legitimação



extraordinária do substituto processual ao lado da legitimação normal do titular da pretensão (*ibidem*).

J. J. CALMON DE PASSOS, com remissão a magistério de BARBOSA MOREIRA, declara que no mandado de segurança coletivo a legitimação extraordinária das entidades referidas na alínea LXX da Lei Maior é “autônoma e concorrente”: autônoma, porque o substituto pode atuar em juízo “com total independência em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada e em posição análoga à que a esta caberia, se ordinário fosse o critério adotado pela lei para definir a situação legítima”. E “concorrente”, porque a atuação do substituto, ou a possibilidade de atuação, não impede “a presença, no processo, do substituído, nem a propositura, por ele, de seu mandado de segurança individual” (“Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data”, FORENSE, 1989, ps. 32-33).

A tese de cuidar-se de legitimação extraordinária, e das entidades capacitadas para ajuizar mandado de segurança coletivo, não é todavia pacífica. Em artigo de doutrina, ADA PELLEGRINI GRINOVER compartilha da opinião, com “moderna tendência doutrinária”, de que seria uma mera legitimação ordinária e das entidades que agem “na defesa de interesses institucionais”, reportando-se a VINCENZO VIGORITI, BARBOSA MOREIRA e KAZUO WATANABE; seria então mister, caso a caso, apurar “se entidade age na defesa de seus interesses institucionais — proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes por exemplo —, e neste caso a legitimação seria ordinária; ou se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais: neste caso, sim, haveria uma verdadeira substituição processual” (artigo de doutrina *Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, Objeto e Coisa Julgada*, na coletânea “Recursos no Superior Tribunal de Justiça”, Saraiva, 1991, p. 286). Cabe, aqui, uma observação nossa, no sentido de que, em linha de princípios, a entidade associativa não deverá agir em matéria inteiramente alheia aos objetivos ou finalidades para os quais foi instituída.

4. Impende ressaltar, de logo, que para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo são exigíveis os mesmos pressupostos do mandado de segurança individual, a começar pela afirmação da existência de “direito líquido e certo”, sendo o *writ* de todo inadmissível relativamente aos chamados “direitos” ou “interesses difusos”, para cuja tutela remédio jurídico outro, a ação civil pública, deve ser utilizado.

No discrimen entre os direitos subjetivos e os meros interesses difusos, valho-me novamente do magistério de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“A diferença consiste em que se entendem por interesses difusos aqueles em que não há nenhum vínculo jurídico entre as pessoas pertencentes ao grupo, ligadas que são apenas por circunstâncias de fato, contingentes e variáveis, como as de habitarem a mesma região ou o mesmo bairro, participarem de certos empreendimentos, consumirem determinados produtos. Situam-se nessa espécie interesses espalhados e muito amplos: por exemplo, os que têm por objeto a proteção ao ambiente, aos consumidores, aos usuários de serviços públicos.

Já nos interesses chamados coletivos, existe um vínculo jurídico, ou uma relação jurídica base, que une as pessoas pertencentes ao grupo: como os filiados a um sindicato, os membros de uma entidade associativa, as pessoas interessadas na preservação ambiental ou na eliminação da propaganda enganosa, que se associam para a defesa de seus interesses de categoria ou de classe.”

Ouso, todavia, divergir da eminente processualista quanto à sua proposição de que o mandado de segurança coletivo poderá servir também à defesa “dos interesses difusos, transcendentais à categoria”, isto é, “para a tutela de todas as categorias de interesses e direitos”. Serviria, pois, para que os habitantes da cidade de Cubatão, no litoral paulista, agissem em juízo contra as empresas poluidoras do ar que respiram... Mas o interesse difuso, exatamente porque é difuso, toca a um número indeterminado e indeterminável de pessoas, e não é “divisível”, não se pode precisar o “quinhão” de cada interessado. Ora, como sintetiza CALMON DE PASSOS, “os direitos que podem ser objeto do mandado de segurança coletivo são os mesmos direitos que comportam defesa pelo mandado de segurança individual” (ob. cit., p. 8). *Contra*, pela ampliação do *mandamus* coletivo à defesa de quaisquer direitos ou interesses legítimos, difusos ou coletivos, o magistério de CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Mandado de Segurança na Const. de 1988*, in coletânea “Mandados de Segurança e de Injunção”, Saraiva, 1990, p. 73).

E tais direitos são aqueles “líquidos e certos”, no dizer constitucional, ou seja, os direitos decorrentes de *atos não controvertidos*, em que para a declaração da incidência (ou da não incidência) da norma legal ao suporte fático não necessita o juiz de provas que não as documentais. Como ensinou COSTA MANSO:

“Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança” (*apud* AGRÍCOLA BARBI, “Do mandado de Segurança”, FORENSE, n. 71).



É a opinião de ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, que pela precisão rogo vênha para transcrever:

"O que, na verdade, aconteceu é que a lei constitucional, ao admitir o "mandado de segurança coletivo", não lhe deu extensão tal que também passasse a ser forma de proteção de interesses difusos propriamente ditos. Continua o *mandamus* a ser forma própria para deduzir pretensão de reconhecimento de "direitos individuais", podendo apenas haver a proteção de tais direitos dimensionados coletivamente, isto é, direito que o indivíduo, parceladamente, com pretensão própria, pode defender, mas que, em visão conjunta, revela interesse de todo um grupo determinado, ainda que seja toda coletividade. Se o Poder Público, por exemplo, aumenta ilegalmente preços ou tarifas públicas, cada membro da coletividade que, efetiva ou potencialmente, vai do serviço se utilizar, é parte legítima para requerer a redução específica que vai beneficiá-lo; mas, se o pedido individual tiver bom êxito, o aumento abusivo do preço ou da tarifa somente com relação ao impetrante receberá vedação. Pelo contrário, se o mandato for coletivo, interposto por "substituto processual" autorizado, o benefício será geral, se o pedido for julgado procedente" ("Mandados de Segurança e de Injunção", Saraiva, 1990, p. 132).

Foi portanto mantido (JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI, "Class Action e Mandado de Segurança Coletivo", Saraiva, n. 2.2) o elemento essencial e preponderante à caracterização do mandado de segurança, o objetivo de tutela ao direito afirmado *líquido e certo*, tipificado o mandado de segurança coletivo pela circunstância de destinar-se à defesa do direito não de um, ou de vários dos (afirmados) titulares de tal direito, mas sim dos direitos homogêneos dos indivíduos integrantes de uma coletividade, sujeitos de direito *indeterminados* quando do ajuizamento do *writ*, mas necessariamente *determináveis* quando da execução da ordem, se concedida. Solução outra enfrenta o risco, na expressão de CALMON DE PASSOS, de "balbúrdia", o instituto, sem "disso resultarem benefícios de ordem prática" (ob. cit., p. 9).

5. Impende, já agora, afastar qualquer eventual confusão entre o mandado de segurança coletivo e o caso de legitimação (extraordinária?) previsto no art. 5.º, XXI, da Constituição de 1988, *verbis*:

"As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente."

Note-se, em primeiro lugar, a amplitude da *representação*, a ser executada tanto em juízo como fora dele, e que em juízo pode ser exercida tanto através de remédios jurídicos comuns, como através de ações constitucionais

mente "potenciadas", inclusive mediante o mandado de segurança individual.

Pergunta-se, todavia, e este é ponto do maior interesse prático, como será formalizada a representação? Note-se que aqui não se cuida de "substituição processual", em que A defende, *em nome próprio*, o direito de B, mas sim de "representação", em que A defende, *em nome de B*, o direito de B. O filho menor impúbere é representado pelo progenitor, quem de sua vez, para agir em juízo, outorga mediante instrumento público ou particular poderes de representação judicial ao advogado. Como se dará, no caso do art. 5.º, XXI, da Lei Maior, a "expressa" outorga dos poderes de representação em favor da entidade associativa? SÉRGIO FERRAZ, após manifestar sua opinião de que se trata de caso de substituição processual, prossegue com o contrastante entendimento de que a norma constitucional contém a exigência de *mandato*, "única via habilitante ao exercício da faculdade constitucional" (in "Arquivos do Ministério da Justiça", n. 43, jan.-junho 90, p. 53). Já CELSO RIBEIRO BASTOS, após observar que a norma do inciso XXI "retrata a generalização de uma tendência encontrável setorialmente em campos, portanto, isolados do nosso direito" (e de mencionar os precedentes, no direito comparado, da *relactor action* do direito inglês e das *class actions* do direito norte-americano), sustenta que a autorização "pode advir tanto da lei, nos casos excepcionais em que se admite a associação por via de lei..., quando dos próprios estatutos sociais", e que tal autorização deve consoar com as finalidades sociais da entidade, a qual não poderá ser uma "procuradora universal" de seus associados ("Comentários à Constituição do Brasil", vol. II, Saraiva, 1989, ps. 110-115).

Em suma, as possibilidades apresentam-se, *em tese*, as seguintes:

a) a entidade associativa é autorizada pela lei ou pelos estatutos a representar seus associados, em juízo ou fora dele, e portanto dispensável a autorização, ou pelo menos, a anuência do próprio associado; esta solução, ainda que a associação atue dentro de seus fins estatutários, tem o grave inconveniente de o associado ver-se, sem seu consentimento e à sua revelia, como *parte* em processo judicial, arcando com as responsabilidades a tal posição inerentes;

b) a entidade associativa, diante de conflito de interesses que diga respeito a muitos seus associados, busca a autorização dos mesmos através da convocação de *assembléia geral*; a solução parece mais admissível, dès que a representação se limite aos associados que houverem comparecido ao conclave e nele manifestado expressa autorização para agir;

c) o associado, ou os associados interessados em que a entidade os auxilie na defesa de seus direitos subjetivos, direitos compatíveis com as próprias finalidades da associa-



ção, e esta se dirigem *solicitando a representação* e expressamente a autorizando a representá-los; esta solução cremos pragmaticamente adequada, e a mais fiel à natureza do instituto da representação.

Impende novamente ressaltar que a representação não poderá extravasar aos fins estatutários ou legalmente estabelecidos da entidade associativa: não irá uma associação recreativa receber autorização para ajuizar ação de despejo em representação de associado seu, ou para representá-lo como réu em ação de despejo; e nem irá a associação de enxadristas representar associados seus perante o Sistema Financeiro da Habitação, discutindo o valor das prestações de mútuos habitacionais.

*Em suma:* nos casos do art. 5.º, XXI, da Constituição Federal vigente, encontramos uma nova modalidade do instituto da representação, para facilitar a defesa daqueles que se julgem menos aptos, ou encontrem dificuldades, por quaisquer motivos, para o ingresso “normal” em juízo em defesa de seus interesses (*rectius*, de seus invocados *direitos*), propiciando-lhes o apoio e as facilidades decorrentes do auxílio de sua entidade associativa, geralmente em litisconsórcio com outros filiados que se encontrem em idêntica ou similar situação. Esta atuação poderá ser, inclusive, mediante o uso de mandado de segurança individual, quer de um único impetrante como de impetrantes vários litisconsorciados em mandado de segurança plúrimo (mas não coletivo).

6. Retornando ao tema do mandado de segurança coletivo, vale indagar o porquê da utilização, na norma constitucional, da palavra “interesses” no inciso LXX, letra b, da Lei Magna, quando no inciso anterior foi empregada a expressão “direito” líquido e certo. CALMON DE PASSOS dá explicação muito convincente à aparente incongruência, ao ensinar que o uso da expressão “direitos” levaria quicá à exegese de que todo e qualquer direito do associado poderia ser defendido em mandado de segurança coletivo impetrado pela associação, em substituição processual, e isso “seria demasiado, para não dizer anárquico”. O uso da expressão “interesses” teria o condão, destarte, de reduzir a atuação dos substitutos processuais à tutela daqueles direitos subjetivos para cuja defesa seus titulares manifestaram *interesse* em filiar-se à associação: “Vale dizer, a legitimação diz respeito não à defesa dos ‘direitos’ dos seus membros ou associados, *tour court*, mas sim dos ‘direitos’ dos seus membros ou associados cujo abstrato material seja um ‘interesse de membro’ ou ‘interesse de associado’” (CALMON DE PASSOS, ob. cit., 1.4, ps. 12-13).

Uma entidade associativa qualquer, do sindicato à associação recreativa ou beneficente, poderá, portanto, e este um esquema didático, impetrar mandado de segurança sob as seguintes situações:

a) impetra o *mandamus* em defesa de interesse seu, pretendendo a tutela de direito dito líquido e certo da própria impetrante como pessoa jurídica. É um *writ* comum individual, previsto no inciso LXIX do art. 5.º da Constituição;

b) impetra o mandado de segurança em *representação* de associado ou associados seus, identificados na inicial e pelos mesmos devidamente autorizada, e sem alheamento das finalidades associativas. Aqui também caso de mandado de segurança individual, com ou sem litisconsórcio ativo, eis que os autores, nos termos do inciso XXI do art. 5.º da Lei Maior, são os associados, pela entidade representados;

c) impetra mandado de segurança *coletivo*, com espeque no art. 5.º, LXX, b, em *substituição processual* de seus membros ou associados, para a defesa de *direitos individuais* líquidos e certos dos mesmos. A impetrante no caso, ou seja, a parte autora, será a *entidade associativa*, como *substituta processual*, defendendo em nome próprio o direito alheio, de que sejam titulares os substituídos, sem necessidade de autorização alguma destes, sob o pressuposto, naturalmente, de que o pedido formulado no *mandamus* apresente compatibilidade com os objetivos institucionais nucleares da entidade.

Assim, *v.g.*, associação de mutuários do SFH poderá impetrar mandado de segurança: a) *individual*, para tutelar direito da própria associação, dito violado por ato de autoridade; b) mandado de segurança *individual*, em *representação* de um ou mais associados seus, devidamente individualizados na inicial, queixosos de lesão (ou ameaça de lesão) a direitos individuais líquidos e certos, relacionados com sua situação de mutuários, e afirmados, um a um, malferidos por ato ou atos concretos (ou omissões) da Administração; c) mandado de segurança *coletivo*, em defesa dos direitos homogêneos da *totalidade* de seus associados, independentemente da autorização ou anuência destes, sem necessidade de identificação dos associados, os quais permanecem “indeterminados” na inicial, embora “determináveis” quando da execução da segurança, se concedida for.

Rogo vênia máxima para dissentir, todavia, da posição de CALMON DE PASSOS, que afirma possível, no caso da representação prevista no inciso XXI do art. 5.º da CF, agir processualmente a associação em defesa de direito não relacionado com suas finalidades, exemplificando e com a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil solicitada, por um de seus membros, a representá-lo na defesa de direito como mutuário do SFH. Parece-nos poderia a Ordem representar o associado inconformado com portaria do juiz vedando-lhe o acesso ao prédio do Fórum, mas não na tutela de direito (ou pretensão) de todo alheio aos objetivos para os quais foi a OAB criada. Nestes casos, a atuação da Ordem, como de qual-



quer outra entidade associativa em situação análoga, deverá limitar-se à ajuda ao associado no plano dos fatos, como por exemplo franqueando-lhe seu departamento jurídico, e proporcionando-lhe facilidades para que o associado possa afastar percalços que lhe estejam dificultando o normal acesso a juízo, onde atuará em nome próprio em defesa do direito próprio.

7. Vamos avante. Na impetração do mandado de segurança coletivo, impende verificar se ocorrentes os pressupostos genéricos do mandado de segurança, e os específicos do *mandamus coletivo*. Assim, há que perquirir:

a) se o direito a ser definido pode ser afirmado como “líquido e certo”, isto é, baseado em fatos incontroversos, restando discutidas apenas *quaestiones juris*. Direitos subjetivos individuais, não apenas *interesses difusos*, para os quais, como dito, o ‘*mandamus*’ apresenta-se meio iníquo de tutela; b) se o direito a ser defendido é direito subjetivo violado por ato de autoridade pública ou pessoa jurídica no exercício de delegação do Poder Público; c) se a prática do ato de autoridade, ou sua omissão, incide na censura de ilegalidade ou abuso de poder; d) se o direito subjetivo tutelado é afirmado pertencer a integrante ou da entidade associativa, nos casos da letra b do inciso LXX, ou se é direito qualificado como direito fundamental individual ou social, constitucionalmente definido e tutelado, nos casos da letra a do mesmo inciso; e) se o direito a ser tutelado é congruente com as finalidades do sindicato, entidade de classe ou associação, nos casos da letra b.

8. Merece redobrada atenção a análise da legitimação quanto aos partidos políticos. Presupondo-se mantenham representação no Congresso Nacional, isto é, gozem de *legitimidade* representativa em âmbito nacional, poderão eles defender, no ‘*mandamus*’ coletivo, *todo e qualquer direito* de todo e qualquer cidadão brasileiro? Ou apenas dos que forem eleitores? Ou apenas de seus filiados? ADA PELLEGRINI GRINOVER entende que a legitimação é ampla, “e só pode sofrer a restrição decorrente do texto constitucional, consistente na falta de representação no Congresso Nacional” (ob. citada, n. 3.1). SÉRGIO FERRAZ, cuidando do tema à luz da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, considera os partidos capacitados, no “que diga respeito ao regime democrático, à autenticidade do sistema representativo e a defesa dos direitos humanos fundamentais, constitucionalmente definidos”, a agir pela via do *writ* coletivo, embora logo afirme que em tal caso o partido atua no nome próprio, em defesa do interesse próprio, apenas “com reflexos na esfera de interesses e direitos de todos” (ob. cit.); ou seja, a hipótese então não seria caracterizável como substituição processual! CALMON DE PASSOS dá à legitimação dos partidos amplitude restrita, mesmo porque, argumenta, “a legitimação sem

fronteiras que seja reconhecida aos partidos políticos significará o caos, além de transferir para o âmbito do Judiciário (arena inadequada) a luta política que deve ser levada a cabo em outro campo”. Sugere, então, que os partidos políticos só devam atuar em caráter supletivo, “com a aquiescência das entidades representativas dos indivíduos a que se vinculam os interesses em jogo”, ou quando inexistentes tais entidades (ob. cit., ps. 21-22).

Parece-nos razoável sustentar que a melhor solução será, ao menos como regra, a manutenção do princípio da vinculação entre as finalidades da entidade substituída com os interesses das pessoas substituídas. Podem os partidos políticos atuar como substitutos processuais, e assim ajuizar *mandamus* coletivo, se os direitos afirmadamente violados (ou ameaçados) forem aqueles sob *direta e imediata* tutela constitucional, relativos à generalidade dos cidadãos *como tais*, acima de considerações pertinentes a interesses de ordem econômica, de classe, profissionais e assim por diante. Poderá o partido político, portanto, agir contra ato administrativo (*lato sensu*) que viole a liberdade de manifestação do pensamento; ou a liberdade de culto; ou o sigilo da correspondência e das comunicações, nos termos da lei; ou que institua ilegais restrições à livre locomoção dentro do território nacional; ou que institua taxas confiscatórias da herança; ou que discrimine entre cidadãos por motivo de raça, religião, cor, etc. Mas não poderá o partido político impetrar, *v.g.*, mandado de segurança coletivo em favor de mutuários do SFH, em tema de reajuste de prestações, por cuidar-se de obrigações e direitos meramente contratuais, ainda que muito numerosos os interessados.

9. O tema da *competência* apresenta, no mandado de segurança coletivo, certas particularidades. Vamos supor uma majoração tributária estadual que os contribuintes, espalhados por muitos municípios e comarcas, considerem ilegal. Assiste-lhes a faculdade, naturalmente, de ajuizar mandados de segurança individuais, apontando como coator, em cada caso, o agente que houver concretamente lavrado a autuação fiscal, ou que os haja notificado para efetuar o pagamento sob pena de autuação e multa, ou que ameace notificá-los. Todavia, a entidade de classe, digamos a Associação Comercial ou a Associação das Indústrias, sediada na Capital estadual, propõe o mandado de segurança coletivo em substituição de todos seus associados, indeterminados na petição inicial, embora determináveis, como já dito, na execução mandamental. Como em ação de mandado de segurança firma-se a competência pelo local onde sediada a autoridade coatora e pela hierarquia funcional da mesma autoridade, e como na hipótese são muitas as autoridades coadoras dos substituídos, necessário será perquirir quem, de acordo com as normas administrativas, osten-



ta hierarquia superior à dos agentes fiscais concretamente coatores, e assim presumivelmente haja determinado a prática dos atos ditos ilegais, podendo destarte igualmente mandar sejam sustados ou revogados. Se a autoridade fiscal superior for, *v.g.*, o Inspetor Geral de Tributos, competente será o Juiz da Fazenda Pública da capital, e a sentença fará coisa julgada relativamente a todos os substituídos, sejam ou não domiciliados na área territorial sob a jurisdição do mencionado magistrado. Se a autoridade superior, no entanto, for o Secretário da Fazenda, então competente será, originariamente, um dos órgãos fracionários do Tribunal de Justiça ou seu Órgão Especial, conforme dispuser a legislação de organização judiciária local ou o Regimento Interno da Corte.

Com a habitual precisão CALMON DE PASSOS preconiza esta solução (ob. cit., ps. 25-28), sublinhando inclusive sua repercussão no relativo à eficácia das decisões proferidas no *mandamus* coletivo:

“Disso decorre que a autoridade coatora, não só ela, como agentes outros da pessoa jurídica de direito público envolvida, estão obrigados a se comportar como determinado na decisão do mandado de segurança no tocante a todo e qualquer membro ou associado da entidade impetrante, encontre-se ele onde se encontrar, em termos de circunscrição territorial. Se a indústria X é filiada da FIESP e se beneficiou com a segurança impetrada, liberando-se de pagar determinado tributo, todos os seus estabelecimentos e todos os seus negócios, em qualquer parte do país, se beneficiam da coisa julgada do *writ* coletivo, em que ela foi parte como substituída. Daí o relevo que tem, no mandado de segurança coletivo, a determinação da autoridade coatora, que somente pode ser aquela cuja jurisdição (senso lato) tenha suficiente abrangência reclamada para a eficácia da coisa julgada nos termos apontados” (ob. cit., ps. 75-76).

10. Em tema de *decadência*, o mandado de segurança coletivo também necessita fazamos distinções relativamente ao *writ* individual. Segundo a Lei n. 1.533/51, art. 18, “o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”. Note-se que a decadência, no caso, não atinge o direito material, que se existente continua defensável pelas vias ordinárias, mas sim a faculdade de utilização da ação potenciada como garantia constitucional. Pois bem. No mandado coletivo, com a multiplicidade de substituídos, mantida a hipótese anterior, alguns já podem ter sido autuados pelo Fisco há mais de 120 dias, outros autuados recentemente, outros ameaçados de autuação. A todos beneficiará a segurança, se concedida?

É de entender que os associados da entidade impetrante, que já houvessem decaído do direito de incoar mandado de segurança

individual, não poderão beneficiar-se, como substituídos, do *writ* coletivo. E nem caberá argumentar com a quebra de isonomia, decorrente da circunstância de serem beneficiados uns contribuintes e outros não, embora todos sejam associados da entidade e todos na mesma situação relativamente a incidência, ou não, da norma legal questionada. Contribuintes outros, igualmente na mesma situação, mas não filiados à associação autora, igualmente não serão beneficiados pela eventual concessão da segurança, constitucionalmente prevista para a defesa dos interesses apenas “de seus membros ou associados”. Somente estes são os substituídos processuais, somente a eles alcança a eficácia de coisa julgada, e somente aqueles em relação aos quais o prazo decadencial não se haja consumado anteriormente ao ajuizamento do *mandamus* coletivo.

Como saber, no entanto, quais os associados beneficiados? Lembremo-nos de que a *autrização* dos associados é desnecessária em matéria de mandado de segurança coletivo, sendo os substituídos pessoas *indeterminadas* na petição inicial, impetrada pela entidade em defesa genericamente dos seus “membros ou associados”. A determinação dos atingidos pela coisa julgada far-se-á *ao final*, quando da revogação dos atos ilegais, ou da sustação da ameaça de sua prática. Nesta ocasião, poderá a autoridade coatora questionar a expedição do mandamento em favor de C ou de D, alegando que relativamente a estes a decadência já se teria consumado. Nada impede que, valendo como *preceito* a sentença concessiva da segurança coletiva, determinada pessoa física ou jurídica, considerando-se injustamente excluída de seus efeitos, requeira sua inclusão quer administrativamente, que por mandado de segurança individual (se incontroversos os fatos que a autorizam a considerar-se como beneficiada), quer inclusive pelas vias ordinárias (se controvertidos os fatos).

Mestre CALMON DE PASSOS, cujo ensinamento neste ponto em linhas gerais buscamos seguir, aponta todavia hipótese que merece, em tema de decadência, tratamento diferenciado. Alude aos casos de “incindibilidade da eficácia da decisão proferida no mandado de segurança coletivo”, exemplificando com o *writ* impetrado por associação buscando invalidar concurso público; neste caso, se deferida a segurança, o concurso terá sido anulado não somente relativamente aos substituídos, como igualmente com relação aos concorrentes não filiados à impetrante, e pois “com muito maior razão” beneficiará os associados que houvessem “decaído, individualmente, do direito de impetrar a segurança” (ob. cit., ps. 40-41).

11. Relativamente aos *limites subjetivos* da decisão proferida em mandado de segurança coletivo, é de entender-se que abrange os associados da entidade impetrante (feita a ressalva relativa à decadência em casos individuais); a rigor, somente os associados que já



o fossem na data da impetração da segurança. Possível admitir-se, todavia, a extensão da segurança àqueles que se hajam filiado até o momento de prolação da sentença, mesmo porque nada a eles impediria (como aos já antes associados) de ingressar no processo como assistentes litisconsorciais, e inclusive de recorrer da sentença desfavorável.

Não nos parece, no entanto, possa a decisão beneficiar aos que se hajam filiado após a sentença, quicá com o intuito exatamente de obter tal vantagem. A sentença opera em favor dos *substituídos*, e não podem ser considerados como substituídos aqueles que, ao tempo do veredito judicial, não eram associados da entidade impetrante. Vantagens de ordem pragmática, como a de prevenir futuros mandados de segurança individuais, não nos parecem suficientes — e neste ponto ousamos divergir de CALMON DE PASSOS (ob. cit., ps. 76-78), para justificar tal excessiva abrangência, sem maior embasamento doutrinário.

12. O mandado de segurança coletivo comporta a concessão de *liminares*, sob os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ou seja, ocorrentes a relevância dos fundamentos invocados e a probabilidade de ineficácia da medida caso não deferida a providência cautelar. A concessão, ou a denegação de liminar, envolve *decisão* (e não mero despacho!), e decisão de natureza *cautelar* que, pelas suas consequências, cumpre seja sempre cuidadosamente ponderada pelo magistrado, o qual examinará o pedido de cautelar não apenas sob os fundamentos apresentados pelo impetrante, como também pelas consequências relativamente à entidade de direito público (que está no polo passivo da relação processual) e aos eventuais interesses de pessoa física ou jurídica que deva figurar em litisconsórcio passivo. É providência *normalmente* “de *damno vitando*” e não “de *lucro captando*” ou de antecipação da sentença (CASTRO NUNES, “Do Mandado de Segurança”, FORENSE, 1980, p. 268). Não olvidar que a concessão de liminares, *inaudita altera pars*, implica em exceção ao princípio tão relevante do *prévio* contraditório.

Diga-se, neste ensejo, que as liminares são concedidas, ou denegadas, não ao “prudente arbítrio do juiz” ou pela maior ou menor liberalidade pessoal do julgador, ou porque simpatize ou não simpatize com as teses ou com as idéias preconizadas pelo impetrante, mas sim serão concedidas quando claramente se compuserem ambos os pressupostos legais, e serão denegadas quando tais pressupostos não ocorrerem com a suficiente clareza. O em. Min. EDUARDO RIBEIRO afasta a propalada discricionariedade judicial, afirmando que a lei “é impositiva”. Se for relevante o fundamento e podendo resultar ineficaz a concessão, a final, da medida, o juiz ordenará a suspensão do ato (*Recurso em Mandado de Segurança*, in

“Mandados de Segurança e de Injunção”, Saraiva, 1990, p. 285).

Em tema de mandado de segurança coletivo, pela sua maior abrangência, redobrada deverá ser a atenção do magistrado no mensurar os interesses em jogo, os alegados em favor dos substituídos processuais, e os que hajam motivado a atividade dos agentes da entidade de direito público; esta, ao final das contas, presume-se deva estar, em princípio, tutelando os interesses maiores da coletividade e/ou erário, erário que não é “do Governo”, mas deve ser visto como patrimônio de todos os cidadãos para emprego em favor da coletividade.

Por isso, se a decisão do juiz concessiva de liminar (ou em definitivo da segurança), puder plausivelmente ofender a ordem (considerada *lato sensu*), a segurança, a saúde ou a economia públicas, tal decisão poderá ser suspensa pelo presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo *recurso* (indefer-se, pois, a possibilidade e a adequação do recurso àquele tribunal). E da decisão presidencial que deferir caberá agravo (dito “regimental”), sem efeito suspensivo (Lei n. 4.348/64, art. 4.º; Lei n. 1.533/51, art. 13, com a redação dada pela Lei n. 6.014/73, art. 3.º), agravo a ser julgado pelo órgão do tribunal ao qual deva tocar o conhecimento do eventual recurso. O prazo do agravo, de dez (10) dias, a teor do art. 4.º da Lei n. 4.348/64, teria sido reduzido a cinco (5) dias, consoante os arts. 25, § 2.º e 39 da Lei n. 8.038/90 (o Reg. STJ mantém todavia os dez (10) dias, art. 27, § 2.º). A respeito, glosas de THEOTÔNIO NEGRÃO (“C. Pr. Civ., Anotado”, 21.ª ed., ps. 958 e 985), afirmando o quinquídio. Mas a Lei n. 8.038/90, em seu art. 25, alude apenas ao STJ, não aos demais tribunais! A questão permanece duvidosa, máxime pela conveniência em o prazo não variar de tribunal para tribunal.

13. Questão de magna relevância, a alusão à possibilidade de recursos contra a *decisão do relator*, concessiva ou não da segurança, em mandado de segurança *originário* do tribunal. O Supremo Tribunal Federal tem decidido (Recl. n. 172-5, RT 612/201; Recl. n. 247-1-SP), reiteradamente, que se da decisão concessiva caberá apenas o pedido de suspensão, nos casos previstos na lei, para o Supremo Tribunal ou, já agora e em matéria infraconstitucional, para o Superior Tribunal de Justiça (Lei n. 8.038/90, art. 25). Sustenta com veemência CALMON DE PASSOS que “decisão do relator é exercício de mera delegação do colegiado que ele integra e só com ratificação pelo colegiado, da decisão do relator, é que se pode falar em decisão recorível envolvendo outro *tribunal*” (ob. cit., ps. 55-56).

Parece-nos, sem chegar integralmente às conclusões do eminente processualista baiano, que:



a) da decisão do relator, em mandado de segurança originário de tribunal, nas hipóteses de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia pública, mediante requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Procurador-Geral da República, cabe o pedido de suspensão (que substancialmente tem natureza cautelar) dirigido ao presidente do tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário — STF, ou do recurso especial — STJ, *se cabíveis em tese* tais recursos da decisão final do tribunal se e quando concessiva da segurança; aliás, tanto o art. 279, § 3.º do Reg. Interno do STF, quanto o art. 25, § 3.º, da Lei n. 8.038/90, fazem referência a que a suspensão, decretada pelo Presidente do Tribunal, “vigora enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida”, pelo STF ou STJ, “ou transitar em julgado”;

b) o direito de pedir a suspensão da segurança deve ser igualmente reconhecido às pessoas e às entidades privadas que, em litisconsórcio passivo, devam suportar os efeitos da concessão (voto do em. Min. ANTÔNIO NEDER, MS n. 114-SP, *in* RTJ, 92/939), e esta é a posição de HELY LOPES MEIRELLES, para quem a lei “há que ser interpretada racionalmente para a consecução dos fins a que se destina” (“Mandado de Segurança, Ação Popular...”, RT, 12.ª ed., n. 13);

c) pode acontecer, todavia, que da concessão liminar da segurança não decorra a probabilidade das lesões graves já mencionadas, mas que todavia, na espécie, a liminar não devesse ter sido concedida, porque inexistentes seus pressupostos, ou seja, por não ocorrer a aparência do bom direito, ou o perigo de dano irreversível; em tais casos, nada mais plausível, a nosso sentir, do que a admissão do agravo regimental dirigido ao órgão competente, no âmbito do tribunal, para o julgamento da própria ação de segurança (assim aliás preconiza o Min. EDUARDO RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 288).

d) *indeferida* pelo relator a liminar, sempre em ação originária de competência do tribunal, poderá o impetrante, sob a consideração de que o relator exerce função delegada pelo colegiado de que é integrante, agravar para o órgão competente para o julgamento de mérito da mesma ação; evitar-se-á inclusive, assim, o uso de um outro mandado de segurança à guisa de sucedâneo recursal. Provido tal agravo, volta-se à hipótese de possibilidade de suspensão da liminar, conforme a alínea a.

No alusivo ao *deferimento* de liminar, CALMON DE PASSOS salienta a redobrada responsabilidade do magistrado, ao ponderar que a concessão “pode importar em grave transtorno para a atuação da pessoa jurídica em que se insere a autoridade coatora, numa dimensão bem diversa daquela que resultaria da impetração de um mandado de segurança

individual. Aqui, o veto da autoridade judicial pode revestir-se de uma extensão muitas vezes nem mesmo mensurável de logo. E isso tem um peso ponderável em termos de interesse público” (*ob. cit.*, p. 43). O eminente GALENO LACERDA, tratando do poder cautelar geral, afirma a prudência com que deverá agir o juiz, ponderando com equilíbrio “as exigências contrastantes das partes com o interesse da administração da justiça, sempre insito nas providências cautelares”, eis que se encontra diretamente em jogo “o bom nome, e até a seriedade da Justiça” (“Comentários ao C. Pr. Civ.”, FORENSE, vol. VIII, t. I, n. 28). Também EGAS MONIZ DE ARAGÃO adverte que “há certas liminares que trazem resultados piores do que aqueles que visavam a evitar. E quem faz esta afirmação, considerando o poder cautelar geral ‘perigosa arma de dois gumes’, é seu mais entusiasta defensor no Brasil — o professor GALENO LACERDA” (Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, 42/38-39).

Vale colacionar, no ensejo, a norma do art. 401 do C. Pr. Civ. de Portugal, em que o juiz é aconselhado a, ocorrentes a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar, “salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar”. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha ao magistrado prudentemente perquirir sobre o *fumus boni iuris*, sobre o *periculum in mora* e também sobre a *proporcionalidade* entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares).

14. Esta linha de pensamento leva-nos à perquirição de questão outra, tema crítico nos dias atuais, a da constitucionalidade das leis ordinárias que proibem, em determinados casos, a concessão de liminares. Não faltam autorizadas vozes que atribuem à liminar um “rasqueado constitucional”, considerando-a implícita “no texto normativo magno”, e isto porque a liminar seria indispensável “em algumas hipóteses para a realização da finalidade protetora de direito líquido e certo posta na regra fundamental” (CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, *in* A Liminar no Mandado de Segurança, na coletânea “Mandados de Segurança e de Injunção”, Saraiva, 1990, p. 201 e *passim*).

As leis ordinárias pertinentes à vedação de liminares apresentam-se na seguinte sequência:

a) Lei n. 2.270/56, supressiva de liminares em ações visando a liberação de bens e mercadorias de origem estrangeira. Buscou esta lei coibir a prática, notória na época, da abusiva “importação” de automóveis como “bagagem” de viajantes de retorno dos Estados Uni-



dos, para onde muitos haviam seguido dias antes com o escopo único de obter a entrada dos veículos no Brasil, sem obediência às exigências fiscais e cambiais (AGRÍCOLA BARBI, "Do Mandado de Segurança", *FORENSE*, n. 183). Cassadas as seguranças na instância recursal, os automóveis, espalhados pelo país e em poder de terceiros compradores, não mais eram encontrados;

b) *Lei n. 4.348/64*, proibitiva de medidas liminares em mandados de segurança impetrados objetivando "reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumentos ou extensão de vantagens". Também teve por causa reiteradas liminares deferidas sem maior cautela, criando situações dificilmente reversíveis após a denegação, no mérito, das pretensões, por infundadas, dos impetrantes;

c) *Lei n. 7.969/89*, vedando liminares em ações cautelares atípicas, nos casos em que incabíveis, em casos similares, na via do mandado de segurança. Tal medida, aliás já prevista desde o ano de 1987 na Súmula n. 9 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cortou a possibilidade de, pelo simples expediente de usar de outro remédio processual, a parte "contornar" a vedação legal;

d) *Lei n. 8.076/90*, que proíbe, até 15 de setembro de 1992, liminares em mandado de segurança e processos cautelares relativos às medidas econômicas do "Plano Collor".

Lembro aqui outra Súmula do TJRS, enunciado n. 08, que afirma inadmissível, no Juízo de 1.º grau, a concessão de medida cautelar, ou de sua liminar, "quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal".

Cumpra ressaltar, e constitui circunstância importante quando se aprecia o tema das liminares nos mandados de segurança em geral, e pois também dos coletivos, que em muitos casos sua concessão, ou sua denegação, praticamente *ex aure* a prestação jurisdicional, ou pelo menos a utilidade que dela esperava o postulante. A providência do juiz, *limine litis*, apresentava vero caráter *satisfativo*, com desvirtuamento da função "cautelar". Lembro caso em que uma associação automobilística rogou liminar a fim de realizar, no dia seguinte, uma competição em determinado autódromo, com a conseqüente proibição de outra competição, no mesmo local e data, por outra associação semelhante. Se concedida a liminar, e realizada a corrida pela associação A, o *writ*, em seu objetivo mandamental, não teria mais objeto; denegada, a corrida seria feita pela associação B, e o *writ* estaria prejudicado. Era medida postulada à undécima hora, aliás com prova documental insuficiente: neguei a liminar e o *mandamus* restou prejudicado. Assim também o mandado postulado, como lembrou EGAS MONIZ na conferência já mencionada,

para a expedição de passaporte necessário a uma viagem ao exterior em determinada data e voo: concedida a liminar, realizada a viagem, esta tornar-se-ia fato da vida que nada mais apagaria; denegada a liminar, ainda que deferida a segurança em sentença final, *aquela* pretendida viagem não se teria realizado, e este também fato irreversível da vida. Em suma, a liminar em muitos casos ostenta *definitividade*, e sua concessão ou denegação resulta em fatos consumados, pelo que deve o juiz redobrar de atenção no exame do pedido.

15. Mas cumpre-nos apreciar a momentosa questão da constitucionalidade, ou não, da vedação de liminares, constante das várias leis ordinárias já enunciadas. De logo, afirmasse que tal questão, ao que sabemos, nunca foi suscitada quando da aplicação das já antigas Leis ns. 2.270 e 4.348, e somente ganhou o debate forense ao calor das lides decorrentes das medidas econômicas emergenciais recentemente decretadas. O argumento básico dos que entendem inconstitucionais tais proibições liga-se à garantia plena, sob tutela constitucional, do *acesso à Justiça*. Todavia, impende considerar que desde o advento do mandado de segurança, na Constituição de 1934, foram leis ordinárias que, regulando seu procedimento, dispuseram sobre o cabimento da medida liminar. A possibilidade de liminar não está expressa, e de certo modo sequer implícita, na garantia que a Constituição outorga aos cidadãos. É ainda MONIZ DE ARAGÃO:

"Se examinarmos nossa garantia máxima em termos de direito de ação, assegurada pela Constituição, que é a conhecida regra do parágrafo quarto de todas as declarações de direito desde a Constituição de 1946, ou, hoje, do inciso XXXV do artigo 5.º da Constituição de 1988, teremos que a lei não pode impedir a alguém de submeter ao Poder Judiciário uma lesão de direito. A rigor parece-me que proibir ou conceder a possibilidade de outorgar medidas cautelares não fere essa regra. O que o legislador constituinte quer é que toda pessoa possa ingressar em juízo e submeter seu litígio à apreciação do Poder Judiciário. Extrair-se daí que é constitucionalmente exigida a concessão de medida liminar, parece-me exagero. Não me consta que alguém tenha chegado a esse ponto, a que também não vou" (ob. cit., p. 51).

Vale aditar que o deferimento de liminar, *inaudita altera pars*, é providência de exceção, porque de certa forma desvirtua o fundamental princípio do contraditório, inerente ao *devido processo legal*. Outrossim, é de anciã doutrina que inconstitucionalidade somente se decreta quando evidente, quando ostensiva a ofensa à Constituição. Toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela — "*every reasonable doubt must be resolved in favor of the statute, not against*



it". E os Tribunais não julgarão inválido o ato, a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara, completa e inequívoca — *clear, complete and unmistakable* (Justice BLACK, *apud* LUCIO BITTENCOURT, in "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", FORENSE, 1968, p. 92).

16. Posta esta premissa, cumpre todavia pensar nos casos em que, indeferida a liminar (e portanto, *a priori*, também nos casos em que legalmente incabível a própria concessão de liminares), o direito material irremediavelmente perecerá. Em tais casos, a vedação da liminar não ofenderá o princípio constitucional da garantia do acesso à justiça, que tem como característica necessária o acesso *útil* à Justiça?

A Declaração dos Direitos do Homem, da ONU, integrada ao nosso ordenamento positivo pelo artigo 5.º, § 2.º, da Constituição de 1988, consagra o direito de toda a pessoa a ser ouvida, "publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer situação penal ou criminal". Em suma, a receber "*his day in court*". Este direito, internacionalmente consagrado, não implica todavia na possibilidade sempre de deferimento, *limine litis*, de cautelares. Mas MONIZ DE ARAGÃO (ainda na conferência citada) chama a atenção de que outra norma da Declaração da ONU dispõe ter o cidadão direito "a recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes, que o ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei". Recurso, por certo, como palavra empregada em sentido amplo, de demanda judicial que seja *efetiva*, que possa realmente tutelar o direito invocado; e isso em "prazo razoável", como está na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, art. 6.º, I, lembrada em termos de direito comparado. Após considerações outras, conclui MONIZ DE ARAGÃO com asserto de que "se contrastarmos a situação de proibição de liminares com a regra do recurso efetivo em prazo razoável realmente eficaz, talvez se abra rumo novo para reexame do assunto. Não quero dizer com isso que, através desse rumo, se chegue à convicção de ser inconstitucional a proibição de liminares. Longe de mim, por ora, essa afirmação". Deixou o eminente processualista, como disse ele, "o problema em aberto".

Todavia, se ao jurista é lícito, e com frequência até conveniente, sobrestar suas conclusões, na aguarda de maior reflexões de novas contribuições doutrinárias e da jurisprudência, todavia o magistrado, no confronto dos casos concretos que lhe são dia a dia

submetidos, está adstrito a tomar de logo decisões, não obstante mais tarde possa reconsiderá-las e adotar diretrizes de julgamento diversas.

17. Ponho, assim, meu ponto de vista, sob a censura dos doutos. Não desmereço a valia dos argumentos daqueles que, como v.g. FRANCISCO BARROS DIAS (Rev. AJUFE, n. 30, ps. 33-40), sustentam a total invalidade das normas em geral proibitivas de liminares, porque seriam restritivas "da atividade jurisdicional no processo declarativo, satisfativo ou preventivo". Contudo, não nos parece, como não pareceu a MONIZ DE ARAGÃO, que da norma constitucional da inafastabilidade da tutela judiciária se possa chegar a tal definitiva conclusão. Quanto às proibições de liminares em ações cautelares, em determinados casos, não tenho dúvida alguma: a lei ordinária pode a respeito *livremente* dispor, quer dando azo à concessão de liminares (C. Pr. Civ., art. 804), quer retirando tal possibilidade. Aliás, se entendermos que a tutela *limine litis* decorre necessariamente da norma constitucional garantidora do pleno acesso ao Judiciário, então haverá que admitir o cabimento da concessão de liminares em todo e qualquer processo, relativo a pretensão de qualquer natureza e sob qualquer rito.

Já no pertinente ao *mandado de segurança*, este é remédio jurídico a que a Constituição atribuiu *eficácia potenciada*, para usar da expressão de KAZUO WATANABE. Assim, impende fazermos uma distinção. As liminares no mandado de segurança não estão na Constituição: estão na *lei ordinária*, que pode admiti-las, torná-las defesas em determinados casos, condicioná-las a contracautelas, como por exemplo à prestação de cauções. A proibição das liminares na ação de mandado de segurança não é assim, em si, inconstitucional.

O problema reside, todavia, naqueles casos em que o resultado *útil, efetivo* da ação de segurança supõe *necessariamente* (cumpre insistir no *necessariamente*) o deferimento de medida de urgência urgentíssima, sem a qual o direito material do postulante sem dúvida estará exposto a parecer. Nos casos da Lei n. 2.270/56, v.g., a apreensão da mercadoria e sua guarda pela autoridade alfandegária, durante o tempo de normal processamento do *writ*, não fará sumirem os bens depositados e nem perecer o eventual direito do impetrante a importá-los ou a recebê-los como "bagagem". Igualmente nos casos da Lei n. 4.343/64, a proibição de liminares não implicará no desaparecimento, se existente, do direito do funcionário a reclassificações ou a correção monetária na percepção de vantagens atrasadas. Somente nas hipóteses da Lei n. 8.076/90 é que eventualmente poderá configurar-se prejuízo *irreversível* se não concedida liminar; nestes casos, e somente nestes, é que a proibição constante da lei ordinária



poderá ser afastada pela norma constitucional, então prevalecente. Neste sentido é que compreendo e tenho por jurídicas liminares de juízes federais deferindo a retirada antecipada de determinadas quantias de cruzados novos retidos, em casos nos quais os donos do dinheiro dele necessitavam para prover tratamento médico *inadiável* em moléstias graves devidamente comprovadas.

Esta solução, com as cautelas sempre exigíveis na apreciação de medidas *inaudita altera pars*, consideramos a mais adequada à correta aplicação das leis e da norma constitucional questionadas.

18. Ainda em tema de *liminares*, em mandados de segurança individuais como coletivos, indaga-se se a liminar, concedida pelo juiz singular, subsiste após a sentença recorável, denegatória da segurança (vide SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *Mandado de Segurança, uma Visão de Conjunto*, in "Mandados de Segurança e de Injunção", Saraiva, 1990, p. 118). Dispõe a Súmula n. 405 do Pretório Excelso: "Denegado o mandado de segurança, pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária" (anote-se que a palavra "agravo", constante da Súmula, deve atualmente compreender-se como "apelação").

O prof. AGRÍCOLA BARBI, em sua clássica monografia, sustenta que "o recurso interposto contra a decisão denegatória de mandado de segurança não revive a medida liminar, quer tenha esta sido revogada expressamente, ou apenas implicitamente, na sentença recorrida" (ob. cit., 3.<sup>a</sup> ed., n. 246).

HELY LOPES MEIRELLES recomendou distinções: se o juiz cassar expressamente a liminar, na sentença indeferitória da segurança, não é admissível seu restabelecimento pelo só fato da interposição da apelação; "se o juiz silencia na sentença sobre a cassação da liminar, é de entender-se mantida até o julgamento da instância superior"; no mesmo

sentido, "se o juiz expressamente ressalva a subsistência da liminar até a sentença passar em julgado". E conclui: "o que sustenta ou invalida a liminar, a nosso ver, é o pronunciamento autônomo do juiz sobre a sua persistência ou insubsistência" (ob. cit., 12.<sup>a</sup> ed., ps. 53-55).

ADHEMAR FERREIRA MACIEL, juiz do Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região, manifesta opinião de que "o juiz que denega a segurança e ainda mantém a liminar, concedida quando ele não era senhor dos fatos, não deixa de agir com ilogismo e arbítrio, pois está atuando em campo que já não lhe diz respeito, pois a matéria foi devolvida a outro julgador: o juiz do segundo grau" (*Observações sobre a Liminar no Mandado de Segurança*, in "Mandados de Segurança e de Injunção", Saraiva, 1990, p. 241).

Em nosso ponto de vista, ponderando a natureza cautelar das liminares, a denegação da segurança implica na revogação da medida liminar, ressaltando-se a possibilidade de, interposta apelação e diante de exposto pedido do recorrente, resolver o relator restabelecê-la, ante peculiares circunstâncias do caso concreto, indicativas da necessidade de providência cautelar na pendência da irresignação.

19. Quanto ao prazo de vigência da liminar — 120 dias mais 30, a teor do artigo 1.<sup>o</sup>, b, da Lei n. 4.348/64, é de convir que somente será aplicável se para a demora no julgamento concorreu o impetrante; se a demora, todavia, resultar dos próprios sucessos processuais ou do acúmulo de serviço, impende manter a liminar. Aliás, como referiu HÉLY LOPES MEIRELLES, "o só transcurso do prazo da liminar não acarreta automaticamente a sua extinção, sendo necessário que o juiz declare a cessação de seus efeitos, pois podem ocorrer situações excepcionais que justifiquem a sua subsistência por mais tempo" (ob. cit., ps. 52-53). Assim também CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (ob. cit., ps. 228-229). Esta solução, embora mui controvertida, parece a mais adequada à natureza do próprio mandado de segurança.

